



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MATHEUS PIRES VILLAS BOAS DE CARVALHO

**A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) sob o enfoque de uma política criminal
minimalista**

**BRASÍLIA
2018**

MATHEUS PIRES VILLAS BOAS DE CARVALHO

**A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) sob o enfoque de uma política criminal
minimalista**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Dra. Carolina Costa Ferreira

**BRASÍLIA
2018**

MATHEUS PIRES VILLAS BOAS DE CARVALHO

**A Lei de Improbidade Administrativa sob o enfoque de uma política criminal
minimalista**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Dra. Carolina Costa Ferreira

Brasília, 5 de novembro de 2018

BANCA AVALIADORA

Orientadora Professora Dr.^a Carolina Costa Ferreira

Professor Dr. Antônio Suxberger

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) sob o enfoque de uma política criminal minimalista

Autor: Matheus Pires Villas Boas de Carvalho

Resumo: O presente estudo pretende analisar se a Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) configura-se como uma alternativa ao Direito Penal, sob a perspectiva de uma política criminal minimalista, que propõe a máxima contração do direito penal e o seu redirecionamento para as discussões realizadas pela Criminologia Global para os crimes de dano social, mas com a necessária observância aos princípios de garantia dos direitos humanos como forma de limitação à vontade punitiva do Estado. O método utilizado foi o de pesquisa doutrinária, nas áreas de Política Criminal e Direito Administrativo, bem como o estudo de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do instituto da improbidade administrativa no Brasil. Uma política criminal minimalista propõe princípios para conter ao máximo a tutela penal sobre os indivíduos, dentre os quais a necessidade de se dar transparência à real natureza jurídica da improbidade administrativa. Propõe o controle preventivo em contraponto aos controles repressivos. A partir dessa premissa teórica e dos princípios por ela emanados, pode-se analisar a LIA e sua aplicação para debater a verdadeira natureza jurídica deste instituto, para saber se ele é um instituto penal. Em contraponto, surge no cenário jurídico brasileiro uma prática, afeta às empresas e ao Estado, que pretende realizar o controle preventivo do dano, o qual é nacionalmente conhecido como programa de integridade. A partir dessa análise verifica-se que a improbidade administrativa serve muito mais uma função penal do que uma alternativa, atuando como norma de controle repressivo, em dissonância com uma teoria de uma política criminal minimalista, o que merece atenção para a adequação da norma à alguns princípios de proteção aos direitos humanos.

Palavras-chave (obrigatório): Política criminal. Direito administrativo. Improbidade administrativa. Programas de integridade.

Sumário (obrigatório): 1. Introdução. 2. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) 3. Política Criminal 4. Lei de Improbidade Administrativa é uma alternativa ao direito penal? 5. Considerações finais 6. Referências.

1. Introdução

O presente estudo pretende analisar se a Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) configura-se como uma alternativa ao direito penal, sob a perspectiva de uma política criminal minimalista de base interacionista-materialista, em que se defende a necessidade de observância aos princípios de proteção aos direitos humanos como forma de limitação à vontade punitiva do Estado.

Uma política criminal minimalista propõe a máxima contração do direito penal e o seu redirecionamento para as discussões realizadas pela Criminologia Global para os crimes de dano social¹.

A análise será realizada através de estudos doutrinários e jurisprudenciais, a partir de casos paradigmas julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para verificar-se se o instituto da improbidade administrativa no Brasil se apresenta como forma alternativa ao direito penal, a cumprir com a prática teórica da política criminal minimalista, apontando-se os resultados desta pesquisa com as proposições desta teoria.

Por fim, propõe-se uma reflexão sobre a aplicação deste instituto no Brasil a partir das pretensões e princípios formulados por uma política criminal minimalista, de base interacionista-materialista.

2. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA)

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) é norma regulamentadora do que disposto no art. 37, § 4º, da CF². Ela define os sujeitos e os atos de improbidade administrativa, suas penas e normas processuais. Esta é a lei mais específica sobre a matéria, contudo, concorre com outras leis, dentre as quais importante destacar a Lei nº 1.079/1950 e o Decreto-lei nº 201/1967, que definem o crime de responsabilidade; e a Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. (NEVES, et al., 2017).

Daniel Neves e Rafael Oliveira chegaram ao conceito de improbidade administrativa como sendo:

¹ “A perspectiva do dano social, por sua vez, quer tencionar as limitações da teoria criminológica, dando conta de que a excessiva concentração da criminologia nos delitos comuns deixou ao descoberto a criminalidade massiva, como os genocídios, os crimes de guerra, contra a humanidade, as graves violações de Direitos Humanos promovidas ao redor do mundo, bem como a criminalidade Estatal e de Mercado, as quais acarretaram e acarretam os maiores danos sociais, no entanto. O que se pretende, nessa linha, é dar ênfase na necessidade de se visibilizar a afetação de indivíduos, grupos e comunidades que sofrem com a ação ou omissão do próprio Estado, focando no conceito de crime estatal como aquele fenômeno que gera danos a esses indivíduos, grupos e comunidades como produto de uma ação ou omissão em representação ao Estado ou de suas agências, sendo que essa ação ou omissão está relacionada a uma responsabilidade ou dever do Estado e dos seus agentes, sempre tendo por fundo o próprio interesse do Estado ou de elites que lhe controlam.” Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/criminologia-global-dano-social/>>. Acesso em: 3 de novembro de 2018.

² Art. 37 – [...] § 4º - os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[...] ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública. (NEVES, et al., 2017 p. 9)

Marçal Justen Filho, por sua vez, define a improbidade administrativa como:

ação ou omissão, no exercício da função pública, caracterizada por danosidade ou reprovabilidade extraordinárias, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei.” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 931)

A Lei nº 8.429/1992 (LIA) busca efetivar o princípio da moralidade disposto no artigo 37, caput e §4º, da CF, para combater a corrupção na administração pública, que, como sabido, permeia a burocracia brasileira desde a sua origem. Sérgio Buarque de Holanda denomina este fato social como um funcionalismo patriarcal, tipicamente brasileiro em razão do homem cordial:

“[...] No Brasil, onde imperou, desde os tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera da influência das cidades – ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje.

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias judiciais aos cidadãos. [...]

Já se disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade – daremos ao mundo o “homem cordial”. A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representa, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal. [...]” (HOLANDA, 1995, pp. 145-146)

Nesse sentido, a LIA pretende ser um instituto de relevância para o combate à corrupção estatal, em busca da efetivação de um Estado Democrático de Direito através da garantia do bom funcionamento dos Poderes, sob o preceito de proteger a coletividade dos danos causados por atos contra a administração pública que levem ao enriquecimento ilícito, o

dano ao erário e a violação aos princípios da administração pública, constantes no art. 37, *caput*, da CF³.

O sujeito ativo da improbidade administrativa é quem pratica o ato ímprobo, ou que induza ou concorra para a sua realização, e podem ser os agentes públicos, servidor ou não, ou pessoas que recebam benefícios creditícios da administração pública. Enfim, são as pessoas físicas ou jurídicas que tenham praticado, induzido ou concorrido para prática dos atos descritos nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da lei, contra a administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer um dos entes federativos, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que seja custeada pelo erário.⁴ (NEVES, et al., 2017)

O objetivo de combate à corrupção estatal por ela proposto se dá através da sanção de condutas que são tipificadas como atos de improbidade administrativa. Essas condutas estão descritas nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da lei, e são um rol exemplificativo e aberto, não taxativo.

O artigo 9º, por exemplo, cuida de tipificar como ato de improbidade qualquer enriquecimento ilícito por favorecimento em razão de cargo, de função, emprego ou atividades nas entidades custeadas pelo erário (BRASIL, 1992).

Os artigos 10 e 10-A cuidam, respectivamente, do dever de reparar o dano causado ao erário ocorrido por ato omissivo ou comissivo, dolosamente ou culposamente, que importe também na dilapidação do patrimônio das entidades custeadas pelo erário ou manter benefício tributário ou financeiro em relação ao ISSQN (BRASIL, 1992).

O artigo 11, por sua vez, pretende tipificar como ato de improbidade qualquer ato que atente contra os princípios da administração pública (BRASIL, 1992).

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁴ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Todos esses dispositivos, portanto, buscam responsabilizar o sujeito que cause dano ao erário, bem como àqueles que violem os princípios da administração pública, através da aplicação das sanções previstas no artigo 12 da lei, as quais só podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, configurando-se referido dispositivo como cláusula de inafastabilidade da jurisdição (JUSTEN FILHO, 2016).

As penas aplicadas por improbidade administrativa, também por força normativa da parte final do art. 37, § 4º da Constituição Federal, não excluem a responsabilização dos indivíduos à esfera cível e penal. Isso porque se entende que se trata de uma sanção administrativa, não penal, a afastar a incidência do *bis in idem* nesses casos, notadamente porque se entende a LIA como uma norma não penal no ordenamento jurídico brasileiro.⁵

Contudo, para verificar-se a validade desse pressuposto, o presente trabalho coloca a improbidade administrativa no Brasil sob o enfoque de uma política criminal minimalista, cuja pretensão é a diminuição do sistema punitivo dada as constatações históricas catastróficas da pena nas relações de desigualdade social.

3. Política criminal minimalista (interacionista-materialista): perspectivas teóricas e principiológicas de máxima contração do direito penal e do controle do dano social

A política criminal é conjunto de princípios e recomendações, que decorrem “do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e das descobertas da criminologia [...]” (BATISTA, 2007, p. 34).

Pode ela ser analisada sob três enfoques. O primeiro seria a política de segurança pública, com foco na instituição policial; o segundo seria a política judiciária, com ênfase na instituição judicial; o terceiro seria a política penitenciária, com foco na instituição prisional. Seria política criminal, portanto, “obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal.” (BATISTA, 2007, p. 35).

⁵ Assim sendo, são penas aplicáveis aos atos de improbidade administrativa: (i) o perdimento de bens ou de valores recebidos ilicitamente ao patrimônio, (ii) o ressarcimento integral do dano, (iii) a perda da função pública, (iv) a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 a 10 anos, na tipificação do art. 9º; pelo prazo de 5 a 8 anos, na tipificação do art. 10 e 10-A; pelo prazo de 3 a 5 anos, na tipificação do art. 11, (v) pagamento de multa civil, entre 2 vezes a 3 vezes sobre o valor de acréscimo patrimonial ilícito, e de até 100 vezes da remuneração percebida pelo agente; (vi) a proibição de contratar pelo poder público ou receber incentivos fiscais ou benefícios creditícios, que variam entre o prazo de 3 a 10 anos, a depender do ato praticado. (artigo 12 da Lei nº 8.429/92)

A política criminal tem travada em si os grandes debates entre as finalidades políticas modeladoras dos instrumentos políticos. Aponta Nilo Batista que os estudos empíricos sobre o fracasso da pena restritiva de liberdade em face dos seus objetivos proclamados, realizado nos últimos cinquenta anos, apontam para a necessidade de uma política criminal que postule “a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal.”. Nesse sentido, cita Fragoso, que escreve ser intrínseco a “uma política criminal moderna orientar-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais.” (BATISTA, 2007, p. 36).

Sobre reformismos e abolicionismos e eficientíssimo penal, Vera Andrade aponta a existência desses diversos movimentos de política criminal, em que a política criminal minimalista, de fundo materialista-interacionista como perspectiva teórica, possui como fim em si mesma o abolicionismo penal. É essa a corrente de Alessandro Baratta e a utilizada no presente estudo, porquanto se tem como perspectiva a adoção de alternativas ao direito penal para reduzi-lo e, posteriormente, aboli-lo. (ANDRADE, 2006)

Alessandro Baratta, ao desenvolver sua teoria para uma política criminal minimalista, com fins abolicionistas do direito penal, propõe quatro estratégias para uma política criminal das classes dominadas, resultados de uma criminologia liberal e crítica (BARATTA, 2011).

O problema do desvio e criminalidade na análise da estrutura geral da sociedade precisa de uma interpretação separada do comportamento socialmente negativo das classes subalternas e dominantes – o primeiro comportamento (classes subalternas), deve se levar em conta as contradições que caracterizam a dinâmica das relações de produção, geralmente com uma resposta individual e politicamente inadequada; o segundo comportamento (classes dominantes), devem ser estudados à luz da relação funcional dos processos legais e ilegais de acumulação do capital. Por isso, uma política criminal alternativa deve ser de transformação social e institucional, para o desenvolvimento da igualdade e da democracia, de formas de vida comunitária e mais humanas, reconhecendo que a questão penal está ligada a contradições existentes nas relações sociais de distribuição e, sobretudo, as contradições estruturais derivadas das relações sociais de produção; sendo para ela (política criminal) o direito penal o instrumento mais inadequado (BARATTA, 2011).

A crítica do direito penal desigual traz consequências que podem ser analisadas sob dois perfis. O primeiro, busca dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto

da criminalidade econômica (classes dominantes), através da ampliação da tutela penal para as áreas de interesses coletivos (saúde, trabalho, etc.). Baratta alerta ser necessário evitar uma política reformista que consista na simples expansão do direito penal, ou em “uma política que poderia produzir também uma confirmação ideológica da defesa social”, legitimando o sistema repressivo tradicional (Panpenalismo). O segundo, tem consequências de redução do sistema punitivo, através de uma despenalização de crimes que nasceram “sob o signo de uma concepção autoritária e ética do Estado”. Sua função principal é de afrouxar “a pressão negativa do sistema punitivo sobre as classes subalternas”, mas significa também a substituição da forma penal de controle por outras não estigmatizantes, criando caminhos alternativos de “socialização do controle do desvio e de privatização dos conflitos. Essa estratégia traz espaço para uma aceitação social do desvio. (BARATTA, 2011, pp. 202-203)

Outra consequência é o objetivo de abolição da instituição carcerária, através de uma análise realista e radical das funções por ela exercidas. Para tanto, faz-se necessário reconhecer o falimento histórico desta instituição para a contenção da criminalidade e de ressocialização do criminoso, marginalizando-o e esmagando a classe operária. A realização desse objetivo, escreve Baratta, passa pelo “alargamento do sistema de medidas alternativas” e pela abertura do cárcere a sociedade, com participação de associações dos presos e de entidades locais com o fim de “limitar as consequências que a instituição carcerária tem sobre a divisão artificial da classe”. A alternativa ao mito burguês de ressocialização decorre da criação de uma consciência da condição de classe e das contradições sociais por parte dos marginalizados, no que pode ser comparado à derrubada dos muros do cárcere à superação dos manicômios pela psiquiatria (BARATTA, 2011, p. 204).

O interior de uma estratégia de política criminal radicalmente alternativa tem de levar a função da opinião pública: realizar “processos de indução de alarme social que [...] são diretamente manipuladas pelas forças políticas interessadas, [...] mas que [...] desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um ‘inimigo interno’ comum”. Contudo, a batalha cultural para uma política criminal alternativa é essencial “para o desenvolvimento de uma consciência no campo do desvio e da criminalidade”, sendo necessário tomar como pressupostos a importância dos mecanismos operantes na opinião pública para a legitimação do sistema penal e a subordinação da classe operária a uma ideologia (criminalidade e sistema penal) de interesses

das classes dominantes. Para cumprir esse objetivo, é necessário promover uma discussão de massa sobre a questão criminal (BARATTA, 2011, pp. 204-205).

Em resumo, em uma sociedade de classes, a política criminal não pode reduzir-se à função punitiva do Estado, nem em uma política vagamente reformista e humanitária, devendo ser, na verdade, uma política de transformação social e institucional, igualitária, democrática e de modos de vida comunitária e civil mais humanas. Nesse sentido, a partir da premissa do direito penal como um direito desigual, faz-se necessário instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a comunidade, criminalidade econômica e financeira, e contrair ao máximo o sistema punitivo a partir da descriminalização e substituindo a forma de controle legal por formas não estigmatizantes, através de sanções administrativas ou civis.

Seguindo as conclusões de Baratta, tendo como premissa o fracasso da prisão na ressocialização do preso, é necessária a abolição da pena privativa de liberdade. A necessidade de uma batalha cultural e ideológica para enfrentar o discurso punitivo e a aceitação social de um direito penal desigual, em favor do desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo das condutas desviantes, para tentar se inverter as relações de hegemonia cultural através de uma crítica ideológica de produção científica e de informação (BARATTA, 2011).

A proposição de uma política criminal alternativa foi proposta por Baratta em sua clássica obra da “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal” (BARATTA, 2011), como um efeito prático para uma criminologia crítica fundada em um materialismo histórico (ANITUA, 2008).

A partir do referencial teórico da criminologia crítica, cuja concretização se dá através de uma política criminal alternativa, através de “uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista”, permitindo a construção de uma política criminal das classes atualmente subordinadas, tem-se nas formas alternativas de autogestão da sociedade uma superação do direito penal: “A sociedade se reapropria do próprio desvio e administra diretamente seu controle.” (BARATTA, 2011, p. 207).

A gestão social do controle do desvio faz perder, progressivamente, o efeito estigmatizante das formas de controle social, cuja possibilidade perpassa pela aplicação de um conceito positivo de desvio, que passa a significar diversidade, a partir da premissa da desigualdade da repressão penal como forma de manutenção do status das classes sociais.

Nessa nova sociedade, homens não portam papéis sociais, mas são portadores de capacidades positivas. (BARATTA, 2011, p. 208).

Marina Quezado, por sua vez, em um artigo intitulado “Introdução à Criminologia Global: superando a crise da Criminologia Crítica”, aponta para uma possível crise da criminologia, crise esta que existe desde seu surgimento, de cunho teórico pelas críticas realizadas aos pressupostos das criminologias legalistas e psiquiátricas, das escolas Clássica e Positiva, à criminologia interacionista, do *labelling approach*. (QUEZADO, p. 4)

Nesse cenário, aponta para um movimento para uma Criminologia Crítica Global, que tem como base três categorias epistemológicas: “o conceito de violência estrutural como fundamento dos direitos humanos através da teoria das necessidades de Alessandro Baratta; a categoria sociológica da memória coletiva, útil para documentar a barbárie dos crimes dos Estados e dos mercados e impedir sua impunidade; e, por fim, a categoria de “dano social”, como o elemento que permite transcender as considerações penais e criminológicas tradicionais.” (QUEZADO, p. 9).

Conclui afirmando que “a Criminologia deve deixar de olhar para os crimes menores e passar a estudar os danos sociais de grande impacto, desde a perspectiva da criminalidade de poder.” (QUEZADO, p. 16).

As proposições de uma política criminal alternativa decorrem de uma criminologia crítica, que foi utilizada como base por Baratta para concluir sobre a necessidade de se definir princípios de um direito penal mínimo, onde os direitos humanos são uma necessária forma de limite da lei penal. A partir dessas constatações é que ele propõe princípios de um direito penal mínimo.

Ao escrever sobre os princípios da mínima intervenção penal, Baratta motiva-se pela criação de uma “ideia-guia para uma política penal a curto e médio prazo”, de sorte que “a adoção dessa ideia pretende ser uma resposta à questão acerca dos requisitos mínimos a respeito dos direitos humanos na lei penal.” (BARATTA, 10, p.3).

Com efeito, ao colocar os direitos humanos no centro das proposições axiológicas para uma política criminal de mínima intervenção penal, esses direitos assumem uma dupla função, sendo uma negativa que impõe limites à intervenção penal, e uma positiva “a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal, de sorte que “a perspectiva humanística que fundamenta a política da mínima intervenção penal imprime nessa uma direção oposta às das atuais tendências para uma expansão tecnocrática do

sistema punitivo para a tutela da “ordem”, em relação ao qual a subjetividade e a diversidade dos indivíduos são considerados como potenciais fatores de perturbação, enquanto que as necessidades reais dos homens estão tautologicamente limitadas aos requerimentos de confiança na ordem institucional.” (BARATTA, 10, p.3).

Dessa forma, o conceito de direitos humanos cunhado por uma trajetória histórico-social apresenta-se como o instrumento teórico mais adequado para a máxima contenção do direito penal, sendo este o cerne de uma política alternativa do controle social. Isso decorre dos resultados empíricos dos sistemas punitivos, em análise realizada pelas ciências histórico-sociais e da criminologia crítica.

Baratta apresenta os principais resultados alcançados nessa trajetória nas seguintes proposições (BARATTA, 10, p. 4):

- a) A pena [...] que tem por objeto a esfera da liberdade pessoal e da incolumidade física dos indivíduos, é violência institucional, isto é, limitação de direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo e do poder de fato em uma sociedade;
- b) Os órgãos que atuam [...] na organização da justiça penal não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão [...] os interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados. [...] o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) [...] das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos.;
- c) a seletividade no funcionamento da justiça penal, uma vez que “todo ele é dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis [...];
- d) O sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário; [...];
- e) Pela forma a qual funciona e existe o sistema punitivo, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial, funções que são centrais à ideologia da defesa social e às teorias utilitárias da pena. (BARATTA, 10, pp. 4-5)

Diante dessas proposições é possível concluir que a instituição do cárcere como pena principal, do ponto de vista de suas funções reais, tem cumprido o seu papel com sucesso, de manutenção da desigualdade social pela marginalização de indivíduos. Contudo, ainda há uma outra função para o cárcere, qual seja, produzir e reproduzir os criminosos dentro de um ciclo vicioso de encarceramento. Por fim, a prisão tem a finalidade de normalizar relações de desigualdade na sociedade, em uma economia política da pena, de um ponto de vista da

autorreprodução do sistema social existente, de sorte que “a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos” (BARATTA, 10, p. 5).

Nesse sentido, o sistema punitivo se apresenta como um dos alicerces da violência estrutural, em uma total repressão das necessidades reais dos indivíduos, que poderiam ser satisfeitas se as relações sociais de propriedade e poder fossem distintas e mais justas. (BARATTA, 10, p. 5)

A afirmação dos direitos humanos constitui-se como a luta para conter a violência estrutural, em que ocorrem duas consequências: a primeira, a contenção à violência estrutural só acontece quando inserida em um movimento de afirmação dos direitos humanos, porquanto não se pode diferenciar a violência institucional da estrutural, decorrente da injusta distinção das relações de propriedade e poder; a segunda é a limitação no uso dos instrumentos tradicionais da justiça penal para a defesa dos direitos humanos (BARATTA, 10).

Dessa forma, Baratta propõe requisitos mínimos para o respeito aos direitos humanos⁶ na lei penal, que dialogam entre a esfera da lei e a ideia da mínima intervenção penal, possuindo duas categorias, a depender se analisa de um ponto de vista interno ou externo ao direito penal. A visão interna relaciona-se com os princípios intrassistemáticos, que apresentam os requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delitivas na lei. A visão externa relaciona-se com os princípios extrassistemáticos, que se “referem a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para a construção dos conflitos e dos problemas sociais, em uma forma alternativa a que oferece o sistema penal. (BARATTA, 10, p. 6)

Portanto, uma política criminal minimalista, de base teórica interacionista-materialista, propõe a redução do direito penal e o seu redirecionamento para os crimes de dano social, que contribuem para a perpetuação da desigualdade e do controle social exercidos pelos instrumentos do sistema punitivo, em favorecimento às classes dominantes, mas sempre em um movimento de afirmação dos direitos humanos através da limitação do direito penal pela sua conformação aos princípios propostos por essa política.

4. Lei de Improbidade Administrativa é uma alternativa ao direito penal?

⁶ Quando aqui se refere aos direitos humanos, Baratta afirma que: “o exame dos critérios corresponde ao respeito dos direitos humanos no marco do processo penal e da execução da pena excede os limites deste trabalho; referir-me-ei a esses dois subsistemas da justiça penal somente à medida que sejam indispensáveis para a enunciação dos princípios de uma política de menor intervenção a nível da criminalização primária.” (BARATTA, 10, p. 6)

Há muito tempo se discute na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais superiores brasileiros sobre a real natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Ela constitui-se declaradamente norma de direito público administrativo-civil, cujo objetivo é resguardar a administração pública e o erário de danos que venham a ser causados pelos sujeitos ímprobos, determinando-lhes condutas e aplicando-lhes sanções.

Dessa forma, a maioria da doutrina e da jurisprudência acerca da aplicação da LIA entendem ser ela uma norma de direito público que, em forma de controle repressivo da administração, busca proteger os direitos difusos, tidos como transindividuais e indivisíveis, tutelados por um microsistema coletivo (NEVES, et al., 2017), atribuindo às condutas ali descritas sanções não penais, possuindo natureza jurídica de ação civil pública⁷ (Superior Tribunal de Justiça, 2006).

Não obstante ser este o entendimento majoritário, a relação da improbidade administrativa com o direito penal é permeada de controvérsias e este debate surge recorrentemente quando se discute a aplicação das penas previstas na lei, seja para quantificá-las, seja em relação a sujeição de agentes a esse regime punitivo.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a relação da natureza jurídica destes dois institutos, primeiro no acórdão proferido no julgamento do RMS nº 6.182-DF⁸, cujo relator

⁸ CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CPMI DO ORÇAMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (CONSTITUIÇÃO, ART. 37, PAR. 4. LEI N. 8.429/92, ARTS. 9., VII, 12, I). MANDADO DE SEGURANÇA, COM PEDIDO DE LIMINAR, PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU, EM CAUTELAR INCIDENTAL EM AÇÃO ORDINARIA, O SEQUESTRO E A INDISPONIBILIDADE DE TODOS OS BENS DO IMPETRANTE. RECURSO ORDINARIO PROVIDO EM PARTE. I- O MINISTERIO PUBLICO FEDERAL AJUIZOU, COM BASE EM DADOS DA CPMI DO ORÇAMENTO, AÇÃO ORDINARIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N. 8.429/92, ARTS. 12, I, E 9., VII) CONTRA O IMPETRANTE, APONTADO COMO INTEGRANTE DA DENOMINADA "MAFIA DO ORÇAMENTO" NA CAMARA DOS DEPUTADOS. DIAS DEPOIS, AFOROU AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL, INSTANDO NO SEQUESTRO IN LIMINE DE BENS DO IMPETRANTE "CONSTANTES DE SUA DECLARAÇÃO APRESENTADA A SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL". PEDIU, MAIS, NOMEAÇÃO DE DEPOSITO. O JUIZ MONOCRATICO FOI MAIS LONGE: DECRETOU O SEQUESTRO DOS BENS ARROLADOS, BEM COMO SEUS "RESPECTIVOS FRUTOS E RENDIMENTOS CONSTANTES DA DECLARAÇÃO DE RENDA (BENS), PESSOA FISICA, EXERCICIO (DE) 1993, ANO-BASE (DE) 1992, ATE JULGAMENTO FINAL DO PROCESSO". O IMPETRANTE, NÃO CONCORDANDO, INTERPOS AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO INQUINADA DE ILEGAL E ABUSIVA. A SEGUIR, AJUIZOU MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPRIMIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO INTERPOSTO. O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DENEGOU O WRIT. O SUCUMBENTE, NÃO SE DANDO POR DERROTADO. RECORREU ORDINARIAMENTE. SUSTENTOU QUE A LEI N. 8.429/89 CUIDA E MESMO DE "SEQUESTRO" E NÃO DE "ARRESTO", COMO ENTENDEU O ACORDÃO ATACADO. POR OUTRO LADO, A LEI EM FOCO TEM NATUREZA PENAL, NÃO PODENDO, ASSIM, RETROAGIR. SO OS BENS ADQUIRIDOS APOS SUA PROMULGAÇÃO E QUE SERIAM SUSCEPTIVEIS DE MEDIDA CONSTRITIVA. ADEMAIS, A DECISÃO MONOCRATICA FOI ULTRA PETITA, POIS O MINISTERIO PUBLICO PEDIU A INDISPONIBILIDADE DE TODOS

para acórdão foi o Ministro Adhemar Maciel, publicado em DJ 01/12/1992 p. 62700, LEXSTJ vol. 104 p. 45. Verifica-se pela data de publicação do acórdão com as jurisprudências atuais, que esta discussão é antiga, tanto que o posicionamento do Ministro Adhemar Maciel vai, posteriormente, de encontro à convicção firmada pelo Ministro Eros Grau acerca da natureza jurídica penal da LIA, quando da definição da irretroatividade deste diploma normativo aos atos praticados anteriores à sua vigência.

Isto pode se verificar também, por exemplo, no acórdão do Recurso Especial nº 513.576-MG, em que foi relator para acórdão foi o Ministro Teori Zavascki. No seu voto, o Ministro aponta a necessidade de aplicação subsidiária dos princípios e regras das normas processuais penais para a quantificação da pena a ser aplicada pelo Juiz nos casos de improbidade administrativa, mesmo reconhecendo, na mesma decisão, uma natureza não penal da LIA. Veja-se:

[...] Embora reconhecendo a natureza não penal das sanções estabelecidas na Lei de Improbidade, tem-se enfatizado que sua aplicação “não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade outorgam garantias mais amplas ao cidadão” [...] (Superior Tribunal de Justiça, 2006)

O voto incorre em contradição quando declara reconhecer a natureza não penal das sanções estabelecidas na Lei de Improbidade, mas defende a aplicação subsidiária das normas de dosimetria do direito penal para calcular a pena, por trata-se de “exercício do poder sancionador do Estado” e em razão da severidade das penalidades dispostas na LIA.

Entendimento diverso da doutrina e jurisprudência majoritária acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa é o do Ministro Eros Grau, que em voto proferido no acórdão da ADI nº 2.797/DF, DJ 19/12/2006 p.37, no qual restou vencido em parte:

[...] Veja-se que um ato de improbidade administrativa pode, ainda, corresponder a um ilícito penal, entre os tipos previstos no Título XI do

OS BENS, BEM COMO DE SEUS FRUTOS E RENDIMENTOS. II- A LEI N. 8.429/92, EM ART. 16, CAPUT E PAR. 1., FALA EM "SEQUESTRO", REMONTANDO-SE EXPRESSAMENTE AOS ARTS. 822 E 825 DO CPC. NO CASO CONCRETO, NÃO HA QUE SE FALAR EM SUA RETROATIVIDADE, POIS JA EXISTIAM OUTRAS NORMAS DISPONDO SOBRE MALVERSAÇÃO DE DINHEIRO PUBLICO. FORÇA E RECONHECER, TODAVIA, QUE SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS A PARTIR DOS FATOS CRIMINOSOS E QUE SE ACHAM SUJEITOS A SEQUESTRO, NÃO OS ANTERIORES. ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DEFERIDA AO IMPETRANTE, COM A PRESTAÇÃO DE CONTAS AO JUIZ. III- RECURSO ORDINARIO PARCIALMENTE PROVIDO. (RMS 6.182/DF, REL. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN, REL. P/ ACÓRDÃO MINISTRO ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 20/02/1997, DJ 01/12/1997, P. 62700) (Grifou-se).

Código Penal (arts. 312 a 359) ou na legislação extravagante. Daí a ressalva na parte final do § 4º do art. 37 da Constituição do Brasil, alusiva à ação penal proposta pela prática de crimes comuns.

[...]

E não se pode admitir a transformação de uma nítida ação de natureza penal ou punitiva, a ação por improbidade disciplinada pela Lei n. 8.429/92, em ação de caráter reparatório. Insta-se neste ponto: o elemento central da ação de improbidade não é reparatório.

Repetindo o que afirmei há pouco, não há como conceber a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e responsabilidade política, com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante distintas instâncias judiciais. Pois bem: se ambas as ações buscam soluções punitivas para os mesmos atos, não há como nem porque admitir a existência coincidente de ambas. Se for assim, o problema não estará mais em coexistirem as duas ações em instâncias diferentes, mas na própria incidência de duas leis penais sobre um mesmo fato. (Supremo Tribunal Federal, 2006)

Esta ação discutia a constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação dada pela Lei nº 10.628/02, em que o § 2º concedeu foro por prerrogativa de função aos sujeitos processados por improbidade administrativa, em razão do exercício da função. Nessa oportunidade, o Ministro Eros Grau defendeu a constitucionalidade da nova redação, fundamentando a questão nos termos do voto dele acima, em que reconhece o nítido caráter penal da improbidade administrativa (Supremo Tribunal Federal, 2006).

Isso porque, conforme dito pelo Ministro, ela não busca a reparação dos danos causados à administração pública ou ao erário, tão somente. Possui nítido caráter retributivo, de sorte que as penas ali previstas devem ser aplicadas mesmo se da conduta, comissiva ou omissiva, culposa ou dolosa, não se tenha causado dano algum a alguém, conforme disposto no artigo 21 da LIA:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Este dispositivo expõe a declara finalidade de prevenção geral da Lei de Improbidade Administrativa, característica ínsita ao direito penal moderno, sobretudo à finalidade da pena, a fim de desestimular a prática dos atos de improbidade administrativa através de uma sanção penal retributiva.

Apesar de existirem fundamentos relevantes para o reconhecimento do caráter penal da LIA, o entendimento majoritário sobre a sua aplicação permanece no sentido de reforçar a

independência entre as esferas administrativa, civil e criminal, muito em razão da parte final do § 4º do art. 37 da Constituição Federal (Superior Tribunal de Justiça, 2017)⁹.

A despeito do entendimento majoritário, entende-se pela natureza penal do instituto em questão, razão pela qual devemos denunciá-lo como tal a fim de propor a sua conformação à uma política criminal minimalista, que defende a máxima contração do direito penal, através da adoção de políticas alternativas à pena.

Isso porque a LIA possui todas as características de uma norma penal, que é constituída pela relação entre o preceito primário, a descrição da conduta, e o preceito secundário, que estatui a punição, a fim de se efetivar e manter a ordem jurídica e a soberania dos Estados modernos através da força. (CARVALHO, 2015)

Por exemplo, o art. 9º elenca algumas condutas como ímprobas, a saber “I - receber, para si ou para outrem, dinheiro...”, “II - perceber vantagem econômica...”, “VII - adquirir...”, “VIII - aceitar emprego...”, para as quais as penas aplicáveis estão previstas no artigo 12, inciso I, veja-se (BRASIL, 1992):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

Ademais, em que pese inexistir na LIA a aplicação de penas restritivas de liberdade, as sanções nela previstas são tão gravosas quanto¹⁰, como a suspensão dos direitos políticos e a

⁹ Nesse sentido, ver também STJ, RMS 32.319/GO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, Dje de 22/09/2016; REsp 1.344.199/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, Dje de 01/08/2017.

¹⁰ As penas na improbidade administrativa são a perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos ou benefícios creditícios, nas hipóteses previstas nos artigos 9º, 10 e 11: Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de

aplicação de multas elevadas, tudo sob a premissa de se resguardar um bem jurídico coletivo, qual seja a proteção aos princípios norteadores da administração pública, o seu patrimônio e os danos causados ao erário.

A gravidade das sanções aplicáveis aos atos ímprobos importou na fixação de uma cláusula de jurisdição, de sorte que essas penas somente podem ser fixadas pelo Poder Judiciário na ação de improbidade administrativa, conforme disposto no parágrafo único, do art. 12 da lei:

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A conclusão do caráter penal das sanções por improbidade administrativa também se confirma se analisarmos a LIA a partir das proposições de Alessandro Baratta sobre os resultados empíricos dos sistemas punitivos, mediante os estudos realizados pelas ciências histórico-sociais e da criminologia crítica, uma vez que uma norma que se apresenta como alternativa ao direito penal deve, também, buscar a máxima contração do direito penal, e não reforçá-lo. Deve servir como forma de ruptura de um sistema de dominação de uma relação desigual e de controle das classes dominantes em face das classes dominadas (BARATTA, 10, p. 17).

Em relação a este ponto, surgiu um falso paradoxo acerca da conformação ou não da improbidade administrativa no Brasil, com a prática teórica proposta por Alessandro Baratta. Isso porque, a princípio, a LIA estaria, justamente, a responsabilizar essas classes dominantes a fim de propiciar, como política alternativa de médio e curto prazo, uma redução no controle exercido por essa classe em face das classes subalternas, para redução da desigualdade social

pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

e para superação de um sistema punitivo, também porque a Lei tutela direitos coletivos, cujas violações trazem forte impacto social.

Contudo, conforme já dito, na verdade a LIA possui nítido caráter penal, reforçando o que Baratta já apontava como perigoso: o panpenalismo e a administrativização da pena. As normas de direito penal devem ser declaradas como tal, a fim de que se garanta aos indivíduos, na aplicação da pena, máxima proteção aos direitos humanos (BARATTA, 10, p. 8-9).

Um claro exemplo de não conformação da LIA a esses princípios seria o rol aberto e exemplificativo dos tipos de atos de improbidade administrativa, bem como a possibilidade de se punir alguém pela violação de um princípio, como é a hipótese do art. 11 da lei. A abertura semântica desses dispositivos, portanto, funciona como uma carta-branca para o Estado processar e condenar alguém a partir da sua conveniência, sem que o acusado possua a segurança jurídica trazida pela taxatividade do tipo penal para saber se o ato praticado é configurado como crime ou não.¹¹

Ressalte-se também a opção por um controle repressivo do ato exercido pela norma em questão, o qual se contrapõe ao princípio da prevenção proposto pela política criminal minimalista, que defende o deslocamento do foco nas formas de controle repressivo para as formas de controle preventivo (BARATTA, 10, p. 19).

Contudo, será que a única possibilidade de interpretação de aplicação da LIA é o no sentido negativo de expansão do poder punitivo? Será que ela realmente não se apresenta como uma alternativa as ações penais? Enunciado como um mecanismo eficiente ao combate à corrupção estatal, a LIA deveria ser o instrumento mais utilizado em face dos agentes ímprobos a fim de recompor o dano causado ao erário, a ensejar maior desistência no ajuizamento de ações penais que acabam por tutelar os indivíduos responsabilizando-os pelo mesmo ato, por duas vezes.

Seria forma eficiente de controle repressivo não penal, uma vez que sua aplicação se dá por regime jurídico próprio instituído na LIA, sob o rito de procedimento civil, cujas normas diretivas são em muito diferentes da do direito penal. Por essas razões, por exemplo, este instituto apresenta-se, a princípio, como uma alternativa à tutela penal do indivíduo. Com efeito, é cada vez mais frequente o ajuizamento de ações de improbidade administrativa em

¹¹ Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34430,31047-Natureza+penal+da+sancao+por+improbidade+administrativa>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017

conjunto com ações penais contra gestores públicos (prefeitos, governadores) e contra empresas privadas que praticaram, em tese, atos de corrupção. Em tempos de Operação Lava-Jato e do direito penal midiático, é possível verificar que este combo penal tem servido como forma de reforço a uma cultura punitiva e de maximização do direito penal (ALMEIDA, et al., 2013).

A exposição dos indivíduos, quando sujeitos às ações de improbidade administrativa, vem tomando o mesmo espaço e efeito que surtem as denúncias criminais nos veículos de comunicação, a fim de se antecipar um julgamento coletivo em razão do indivíduo através da exposição da sua imagem com a pecha de criminoso. Só no ano passado, o Ministério Público Federal ajuizou 2.371 ações de improbidade administrativa, cujo aumento, de acordo com a 5CCR/MPF (5ª Câmara de Combate à Corrupção e Revisão), decorre do aperfeiçoamento das investigações, com utilização de técnicas mais modernas.¹²

As ações de improbidade, portanto, têm funcionado no Brasil como complemento à ação penal, a fim de efetivar uma dupla punição do indivíduo pelo mesmo fato tipificado tanto na LIA quanto na lei penal, servindo para reforçar um sistema penal cada vez mais punitivo e distante dos princípios e premissas propostas por uma política criminal minimalista.

A utilização desses instrumentos dessa forma pelos Ministérios Público traz a reflexão sobre por que não se opta pela ação civil de improbidade somente, em detrimento da ação penal. Esse fenômeno pode ser explicado com o advento da Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Esta lei foi a responsável por incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro o instituto da colaboração premiada, que bonifica o réu com a remissão da pena, ou até sua absolvição, através de contribuições ao *Parquet* e à Justiça sobre os fatos investigados (BRASIL, 2013). Tem-se a utilização da barganha na ação penal, com a celebração de um contrato com nítido desequilíbrio na relação negocial entre o acusado e o Ministério Público.

Na improbidade administrativa, o § 1º do art. 17 da LIA impede textualmente a celebração de acordos, transação ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa, o que restou superado através de uma aplicação sistemática do instituto da colaboração premiada com o advento da Lei nº 12.846/2013. Sobre a possibilidade de celebração de acordos nas ações de improbidade, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do

¹² Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/balanco-de-2017-aponta-eficiencia-do-mpf-no-combate-a-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 4 de novembro de 2018.

Ministério Público Federal possui o seguinte entendimento (Ministério Público Federal, 2018):

“Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei no 8.429/1992, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate a corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra.” (Ministério Público Federal, 2018, pp. 46-47)

Essa prática corroborada com o novo instituto da colaboração premiada fez com que a ação penal deixasse de ser um fim em si mesma, para servir como meio a celebração de acordos nos crimes de colarinho branco, como é o crime de corrupção, contrariando totalmente os pressupostos definidos por Baratta para uma política criminal de cunho minimalista.

Portanto, como o fundamento maior de uma política criminal minimalista é a redução do sistema punitivo e do direito penal, em razão da reconhecida falência da instituição “pena” nas sociedades, bem como o redirecionamento deste sistema aos crimes de danos sociais, notadamente praticados pelas classes dominantes, verifica-se que o uso da Lei de Improbidade Administrativa caminha em sentido oposto, ao contribuir para a maximização do direito penal, através da administrativização da pena ao exercer uma função penal não declarada.

Assim sendo, apesar de *a priori* parecer se conformar com os preceitos propostos pela política criminal minimalista, a LIA deixa de observar o fundamento desta política ao reforçar e perpetuar o sistema punitivo, exercendo uma função penal não declarada.

5. Considerações finais

A conclusão que se chega no presente trabalho é a de que a Lei de Improbidade Administrativa serve como reforço ao sistema punitivo estatal de modo não declarado, podendo servir como forma de dupla punição ao sujeito, tanto na esfera criminal quanto na civil-administrativa, pelo mesmo fato, a ensejar a ocorrência de *bis in idem*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e a minoria do entendimento doutrinário permitem concluir pela natureza penal do instituto em questão, o que resta comprovado pela forma de construção das condutas e suas penas propostas pela Lei de Improbidade Administrativa.

Por essas razões, este diploma não serve à perspectiva de redução do direito penal proposta pela política criminal minimalista, de base teórica interacionista-materialista, de Alessandro Baratta, por justamente servir como reforço a um sistema punitivo, para maximização do direito penal, constatação essa realizada através da análise dos julgados e da doutrina.

Notadamente que a parte final § 4º, do art. 37 da Constituição Federal, que não obsta o ajuizamento de ação penal por ato de improbidade administrativa, não previu que a LIA acabaria por se tornar mais uma forma da pretensão punitiva do Estado, com a cassação de direitos políticos, perda das funções por agentes públicos e a proibição de contratar com o poder público, bem como a fixação de multas e expropriação do patrimônio dos agentes ímprobos.

Por outro lado, impõe-se necessária reflexão acerca dos institutos penais em tempos de direito penal midiático, a LIA serve como complemento à ação penal para reforçar a sanha punitivista estatal contra os indivíduos, os quais acabam por sofrerem dois processos criminais (um declaradamente e outro, não) pelo mesmo fato, ou sequer opta-se pela via da improbidade administrativa (que seria, mas não o é, forma alternativa ao direito penal) para a recomposição do dano.

Dessa forma, a Lei de Improbidade Administrativa não é forma alternativa ao direito penal justamente por possuir natureza jurídica, não declarada, de norma penal, em contradição aos pressupostos definidos por Alessandro Baratta para uma política criminal de cunho minimalista, que pretende a máxima contração do direito penal de maneira que as normas penais sejam assim declaradas, com cogente observância e prática dos direitos humanos,

Ela importa na administrativização da sanção penal, com aplicação em rito especial cível, o que importa na mitigação de diversos direitos garantidos ao réu, como, por exemplo, as garantias previstas no Código de Processo Penal, e que não podem ser aplicados no instituto da improbidade em razão do entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência acerca da natureza jurídica não-penal desta norma. Conforme visto nos excertos de votos transcritos, por mais que se entenda a natureza cível da norma em questão, ainda que minimamente, lhe é reconhecida a tutela penal.

Assim sendo, a utilização da improbidade administrativa serve para reforçar o sistema punitivo ao pretender punir retributivamente aqueles que cometem atos de improbidade administrativa, o que conseqüentemente enseja na manutenção de um sistema que serve para a

segregação de classes sociais, e acaba por violar os direitos humanos dos indivíduos tutelados pela improbidade, bem como abandona a possibilidade de servir como uma norma de composição de conflitos para se tornar uma norma repressiva dos atos ímprobos.

Na tentativa de se realizar o controle preventivo, adota-se no Brasil os programas de integridade que adquirem grande relevância no cenário jurídico nacional - também conhecidos como *compliance* - cuja pretensão é ser instrumento de combate a corrupção determinando as condutas corporativas e estatais através da implementação de boas práticas para o exercício das atividades empresariais ou da administração pública.

De acordo com a Recomendação para a Integridade Pública da OCDE¹³:

Integridade é essencial para a construção de instituições sólidas que garantam aos cidadãos uma administração pública que atue para garantir os seus interesses, e não de um seleto grupo de indivíduos. Integridade não é apenas uma questão moral, mas se trata também de tornar economias mais produtivas, o setor público mais eficiente, e tornar sociedades e economias mais inclusivas. Trata-se da restauração da confiança, não só do governo, mas das instituições públicas, reguladores, bancos e corporações¹⁴ (OECD, 2017, tradução nossa).

Esse documento elaborado pela OCDE serve como diretriz para a implementação dos programas de integridade nas corporações e nas administrações públicas, e se fundamenta em três pilares, os quais são a prática de um sistema que reduza oportunidades para comportamentos corruptos, a mudança cultural para tornar a corrupção socialmente inaceitável e tornar as pessoas responsáveis por suas ações.

Nesse sentido, a Presidência da República fez promulgar o Decreto autônomo nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, determinando princípios e diretrizes para a governança pública (BRASIL, 2017), cuja responsabilização pode se dar administrativamente na forma de recomposição de danos, somente, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013¹⁵.

¹³ Disponível em: < <http://www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity/>>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

¹⁴ “Integrity is essential for building strong institutions and assures citizens that the government is working in their interest, not just for the select few. Integrity is not just a moral issue, it is also about making economies more productive, public sectors more efficient, societies and economies more inclusive. It is about restoring trust, not just trust in government, but trust in public institutions, regulators, banks, and corporations.”.

¹⁵ Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

Em que pese a relevância deste instituto recentemente incorporados no Brasil, que servem como diretriz para uma atuação mais transparente das corporações e da própria administração, para o presente estudo cumpre destacar apenas a existência de meios jurídicos outros à tutela penal para a resolução e composição dos conflitos, o que serve como reforço ao argumento de que o Ministério Público segue utilizando de normas penais, que deveria ser a última racionalidade no nosso sistema jurídico, seja como meio ou fim em si mesmas.

As questões aqui postas poderiam ser superadas, dentre outras formas, através da implementação e efetivação dos programas de integridade pela administração pública e por terceiros que com ela possuem relação jurídica, vez que, como dito, referido instituto busca a prevenção aos atos que causem dano ao erário através a adoção de políticas de boas governanças. Trata-se de inovação legislativa e corporativa que merece ser melhor tratado em um trabalho específico. Contudo, ressalta-se a importância deste instituto que poderia ser uma forma de implementação efetiva de uma política criminal minimalista.

Cabe perguntar também, a título de reflexão para um próximo trabalho, se o direito penal brasileiro tem sido utilizado como meio para forçar os perseguidos criminalmente pelos crimes de colarinho branco a devolverem o dinheiro subtraído dos cofres públicos, passando a ser esta sua finalidade. Talvez a adoção recente do método de prisão preventiva para a celebração de acordos de colaboração premiada sirva como dado importante para comprovar a hipótese acima suscitada.

Em que pese as suposições acima, conclui-se pela necessidade de se denunciar a utilização indevida do direito penal que não em sua forma original e explícita, seja ela em forma de direito administrativo sancionador, seja ela utilizada como meio quando, na verdade, deveria ser a última razão de utilização.

Por fim, torna-se necessário refletir sobre a Lei de Improbidade no Brasil, a partir de uma prática teórica de uma política criminal minimalista, para se reconhecer a forte carga penal da improbidade administrativa a fim de, em um segundo momento, conformar seus procedimentos e penalidades aos princípios de defesa dos direitos humanos, quando da realização da sua pretensão punitiva aos indivíduos.

Referências

ALMEIDA, Débora de Souza e GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal midiático caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo : Saraiva, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Minimalismos, Abolucionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência. 52, 2006, pp. 163-182.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução Sérgio LAMARÃO. Rio de Janeiro : Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. pp. 569 - 813.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro : Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. pp. 59 - 205.

— 10. **Princípios do direito penal mínimo - Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Doctrina Penal. Teoria e prática em las ciências penais*. 87, 10, pp. 623-650.**

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª. Rio de Janeiro : Sindicato Nacional dos Editores de Livros, 2007. 85-7106-023-1.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 9203, de 22 de novembro de 2017. *Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, atuárquica e fundacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 de nov. 2017.

— Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 de jun. de 1992.

— Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Edição Extra, Brasília, DF, 5 de ago. de 2013.

— Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Edição Extra, Brasília, DF, 2 de ago. de 2013.

CAPPELARI, Mariana. *Criminologia Global e Dano Social*. Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/criminologia-global-dano-social/>>. Acesso em: 2 de nov. de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 2017.

CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2015.

CONJUR, Consultor jurídico. *Deveria ter decretado mais prisões preventivas na “lava jato”, diz Moro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-24/deveria-decretado-preventivas-lava-jato-moro>>. Acesso em: 28 de ago. 2018.

COUTINHO, Alessandro Dantas e RODOR, Ronald Kruguer. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Método, 2015.

GARCIA, Émerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004. p. 539.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São paulo : Companhia das letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016. 978-85-203-6929-6.

Ministério Público Federal. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília : 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2018. Disponível em: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>>. Acesso em: 3 de nov. de 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa Direito Material e Processual*. São Paulo : Editora Método, 2017. pp. 3 - 28.

OECD - Organization for Economic Cooperation and Development. *OECD Recommendation on Public Integrity*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity/>>. Acesso em: 3 de nov. de 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 340.

QUEZADO, Marina. *Introdução à Criminologia Global: superando a crise da Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Revista Publicum, v. 3, n. 1, 2017, p. 190-208. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>>. Acesso em: 13 de mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 513.576-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Francisco de Paula Menezes Rossi. Brasília, **Diário da Justiça** 06/03/2006, p. 164.

— . *RMS* nº 6.182-DF. Recorrente: João Alves de Almeida. Impetrado: Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Recorridos: Ministério Público Federal e União Federal. **LEXSTJ**: vol. 104, p. 45. Brasília, **Diário da Justiça** 01/12/1992, p. 62700.

— . *HC* nº 50.545-DF. Impetrante: Francisco de Assis de França. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Pacientes: José João de Lima e Itamar Torres Rocha. Brasília, **Diário da Justiça** 04/09/2006, p. 298.

— . *AgInt no REsp* nº 1.658.173-ES. Recorrente: Jadir Euzebio Vago e Osni de Farias Júnior. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social e Ministério Público Federal. Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico** 27/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI* nº 2.797-DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requeridos: Presidência da República e Congresso Nacional. Brasília, **Diário da Justiça** 19/12/2006, p. 37.